

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 28 DE JUNIO DE 2010, EN EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 8045/2006, INTERPUESTO POR NOVENTA Y OCHO DIPUTADOS DEL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR DEL CONGRESO CONTRA LA LEY ORGANICA 6/2006, DE 19 DE JULIO, DE REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA DE CATALUÑA.

I.- Explicación de este Voto particular

1.- Cuando han sido necesarios cuatro años de debates para poder llegar a sostener que la mayor parte de los artículos del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) se ajustan a la Constitución es evidente que quienes han apoyado esta Sentencia han tenido serios problemas para argumentar sus tesis.

El enjuiciamiento posterior del EAC, del que se impugnan más de dos centenares de preceptos, ha supuesto un desafío para la justicia constitucional de todos los tiempos. Basta una lectura de los antecedentes de esta Sentencia, una consulta a las hemerotecas de la época o recordar que existe en trámite una proposición de reforma de nuestra Ley orgánica, orientada a limitar las posibilidades de control jurisdiccional de este Tribunal respecto de los Estatutos de Autonomía (BOCCGG, Congreso, Serie B, nº 253-I, de 4 de junio de 2010), para demostrar la gravedad de esta afirmación.

2.- Desde la transición democrática del siglo pasado hemos sido el país del pluralismo. En el ámbito social, el económico, el político y en la vertebración territorial de España ese principio ha sido el signo que ha marcado estos treinta años de experiencia constitucional. En ese marco, nuestra Constitución Española de 1978 (CE) ha cobijado con generosidad a todos los españoles, sin distinción de ideología, de credo o de partido.

La CE reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran una España plural estableciendo, en su Título VIII, un proceso de descentralización que ha culminado en muy poco tiempo en el Estado de las Autonomías. Los procesos de descentralización federo-regional son el máximo posible de libertad en la articulación territorial de un Estado y consienten el máximo posible de autonomía, que

no autogobierno, a las Comunidades territoriales que integran ese Estado. Pero esas Comunidades territoriales tienen siempre el límite único de que –si el proceso es democrático– debe desarrollarse presidido por lo que los constitucionalistas denominamos, técnicamente, una “*Constitución rígida*” y bajo la salvaguardia de un Tribunal Constitucional. Sin respeto a esa Constitución rígida no hay Estado de Derecho, no hay convivencia democrática y, menos aún, pluralismo territorial.

3.- La Constitución Española de 1978 (CE) es la única norma del ordenamiento jurídico que tiene el privilegio de organizar y presidir su propia muerte. La “*rigidez*” de su procedimiento de reforma (arts. 166 a 169 CE) es la garantía de la Constitución –que protege su contenido democrático frente a cualquier intento de subvertirlo– y determina el rango superior o supremacía de la Norma Fundamental frente a cualquier otra norma (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 3). Esa garantía es insuficiente porque todas las leyes tienen una fuerza normativa irresistible. Si una ley vulnera la Constitución, sus normas, aún siendo inconstitucionales, se impondrán a todos y la supremacía formal de la Constitución devendrá una teoría inoperante en la práctica.

Sólo la Justicia constitucional puede asegurar el principio esencial del Derecho público de lograr la invalidez de cualquier acto legislativo que contradiga una Constitución rígida, como es la nuestra. Si no se ha respetado su procedimiento de reforma, la inconstitucionalidad deberá ser comprobada y declarada con plenos efectos frente a todos (art. 164.1 CE) por la autoridad u órgano específico creado con ese fin esencial.

Por eso este Tribunal ha podido decir, a propósito de la impugnación preventiva del propio EAC, que “*el principio de jerarquía normativa impide que la Ley orgánica en que se plasma un Estatuto de Autonomía pueda derogar o modificar la Constitución, pues, si aquél estuviese en contradicción con ésta, la consecuencia inequívoca sería la inconstitucionalidad del Estatuto y su radical nulidad*” (*sic*, en ATC 85/2006, de 15 de marzo, FJ 7). Si los Tribunales Constitucionales se han extendido dondequiera desde 1989 es porque la institución ha sido eficaz para servir de “*garantía de la garantía de la Constitución*”: Sirve para complementar la garantía de la rigidez constitucional y preservarla para el futuro como una realidad efectiva.

4.- El nuevo EAC vulnera límites esenciales establecidos en el proceso de descentralización de la Constitución de 1978. Las normas de la CE no han previsto que España deje de ser “*Estado*” antes, después o en el devenir de ese proceso que la convierte en “*Estado de las Autonomías*”.

El EAC se subroga en el papel del legislador constituyente y modifica la Constitución sin seguir los procedimientos arbitrados para su reforma; incurre en un vicio colosal de incompetencia que subvierte la división del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas en todos los ámbitos; lesiona la igualdad de todos los españoles en sus derechos, en especial en el derecho, vinculado a la dignidad humana, de que puedan usar en España la lengua española oficial del Estado; colapsa, en fin, el sistema constitucional de fuentes del Derecho y, con él, el funcionamiento mismo del Estado.

La Sentencia de la que discrepo no logra sanar esos vicios de inconstitucionalidad porque lejos de anular los preceptos inconstitucionales los interpreta recurriendo al género, siempre resbaladizo, de las denominadas técnicamente *Sentencias interpretativas de rechazo*.

Es muy parca, casi inexistente, la invocación de nuestra jurisprudencia en la Sentencia. Sostengo que sería decisiva para llegar a conclusiones muy distintas a las que se sostienen en el texto de la mayoría en cuestiones tales como las consecuencias del vicio de incompetencia, la reserva de ley orgánica, el régimen local, aguas, relaciones internacionales, Constitución económica, principio de solidaridad, financiación, etc. Así, por ejemplo, la STC 76/1983, de 5 de agosto, sólo se cita (FFJJ 6 y 57) de pasada o para buscar “*el sentido profundo de la diferencia entre el poder constituyente y el constituido*” pese a que su doctrina es esencial para este caso. Es excepción a este silencio la doctrina de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, que se invoca como precedente de autoridad pese a que contó con la oposición significativa de cinco Votos particulares formulados por Magistrados integrantes de este Pleno, entre ellos el de mi compañero fallecido y no sustituido hace ya dos años durante las deliberaciones de este mismo recurso de inconstitucionalidad, el Excmo. Sr. Don Roberto García-Calvo y Montiel. Me ratifico en todos los extremos del Voto particular que formulé a dicha Sentencia, cuya doctrina es precedente de la actual.

La vinculación razonada a los propios precedentes es una exigencia de la estabilidad de la interpretación constitucional y un postulado del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Sólo una vinculación clara y visible a los propios precedentes asegura que la Constitución no sea lo que una mayoría coyuntural de Magistrados del Tribunal Constitucional diga que es. Son necesarias mayorías muy amplias y una fundamentación sólida y convincente, para cambiar precedentes antiguos y estables. Así lo demuestra el viejo imperativo “*stare decisis*,” o “*stare decisis et non quieta movere*”.

Con la consideración aceptada por la mayoría de que no importa que el EAC contradiga la Constitución porque es obvio que la Constitución se protege a sí misma – sorprendente tesis esencial de la Sentencia de la que discrepo– y que los Estatutos de Autonomía son algo parecido a un manual universitario, que trata de orientar con valor meramente descriptivo en una realidad constitucional indefinida en la CE, dispersa en criterios doctrinales y de categorías inciertas (FJ 58, 3er párrafo), se contradicen los principios elementales que acabo de enunciar y el Tribunal abdica de su misión esencial de garantizar la superioridad formal de la CE sobre los Estatutos de Autonomía. Se produce un daño a sí mismo y al sistema constitucional de fuentes del Derecho del que tardará años en sanar.

II.- El EAC: Un vicio colosal de incompetencia

5.- El EAC incurre en un vicio colosal de inconstitucionalidad formal por incompetencia en un sinnúmero de preceptos, que irrumpen en materias reservadas constitucionalmente a la Constitución y a las leyes estatales y autonómicas, como se expondrá más detalladamente en un último fundamento de este Voto particular. Es innecesario detallar esa extralimitación competencial evidente que afecta a nuestro régimen local, a la unidad del Poder judicial, a competencias esenciales de nuestro Derecho público y al mismo sistema de financiación, con consecuencias comprometedoras de la unidad de mercado. La regulación es inadmisibles y no sólo produce una restricción ilegítima e irreversible de la potestad legislativa del Estado (“*blindaje ad extra*”) sino también de las potestades del legislador autonómico (“*blindaje ad intra*”). Es una consecuencia ineludible de la especial rigidez, fuerza de resistencia o

fuerza pasiva de un Estatuto de Autonomía en el sistema de fuentes del Derecho, que la CE arbitró como garantía de la autonomía.

Entiendo así que el nuevo EAC es contrario a la CE en su concepción técnica esencial por la que blinda las competencias estatales y entorpece el ejercicio democrático de las autonómicas, modifica la CE y convierte en letra muerta treinta años de jurisprudencia constitucional.

El Estado es un todo y la Constitución Española de 1978 ha previsto su articulación en Comunidades Autónomas, que son partes de ese todo. El EAC es una ley orgánica del Estado pero tiene, por definición, una eficacia territorial limitada a Cataluña, por lo que sólo rige para una de esas partes. Es inadmisibile por ello que el EAC concrete o precise las materias y competencias que el art. 149.1 CE ha reservado a todo el Estado, obstruya en cualquier forma que el Estado legisle con carácter general en ejercicio de esas competencias o dirija mandatos al Estado y le imponga, incluso, una organización estatal determinada.

La Sentencia considera el EAC uno más entre diecisiete, por lo que carece de toda justificación –incluso lógica– admitir que todos los Estatutos de Autonomía puedan perfilar o concretar, diría deconstruir, las competencias del Estado y afectar a una Constitución rígida en su núcleo esencial, donde define la soberanía nacional, la lengua común y marca los límites esenciales del proceso político de descentralización que contempla. No repudiar debidamente esa novedosa concepción del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas conduciría a la existencia de diecisiete precisiones o concreciones distintas de las competencias estatales, a leyes estatales con diecisiete contenidos distintos y a un Estado de diecisiete cabezas. Todo ello en la medida en que los restantes Estatutos, siguiendo la concepción del “*principio dispositivo*”, que fijó la jurisprudencia de la discutida STC 247/2007 (Conf., STC 247/2007 *passim*, y mi VP) podrán emular esa misma técnica (y así lo alientan incluso ya, en forma expresa, los propios FFJJ 121 y 122 de la Sentencia mayoritaria) y atreverse a regular (así en el art. 3.1 EAC) un “*marco político*” de relaciones entre una de las partes y el todo o atribuirse cada una de ellas “*una posición singular*” (art. 5 EAC) carente de todo apoyo en la CE. No existe ningún Estado democrático descentralizado, ya sea autonómico o federal, en el que se haya admitido que las relaciones entre el todo y cada una de sus partes puedan ser reguladas al detalle en forma “*general y permanente*” (*sic* en

art. 183.1 EAC) por normas del ordenamiento inferiores o distintas a las de la propia Constitución rígida, o pactadas por “*Comisiones bilaterales*” propias de relaciones internacionales entre Estados soberanos, o que un ente autónomo pueda condicionar y volatilizar, por su simple “*interés*”, la unidad de la acción exterior del Estado (como resulta de los artículos 186.2; 186.3; 189.2; 193.1 ó 200 EAC) en contra del art. 149.1.3 CE.

El EAC no es sólo norma, sino norma sobre la producción de otras normas. En todo Estado compuesto (ya sea autonómico o federal) es elemento esencial la existencia de un doble centro de decisiones. Un reparto competencial nítido y claro entre el Estado y los entes territoriales que lo integran es también esencial en el funcionamiento de ese tipo de Estado. El Estatuto de Cataluña (EAC) contiene un sinnúmero de preceptos de relleno que se interponen entre la CE, las leyes estatales y las leyes autonómicas vigentes y futuras. Esos preceptos enturbian y confunden la distribución competencial en una forma contraria a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que, como principio constitucional, proporciona certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando "la claridad y no la confusión normativa" (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4) y "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho" (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). Por ello, si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15)" (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 5).

III.- La técnica de las Sentencias interpretativas

6.- He sostenido estos cuatro años (así en el FJ 7 de mi VP a la STC 247/2007, de 12 de diciembre) que el problema más grave de inconstitucionalidad de que adolece el

EAC es, como ya he dicho, un problema formal –que afecta al Estatuto como texto– y no un problema de significados normativos, que presupone admitir la regularidad formal de ese texto y que de sus disposiciones se puedan extraer normas mediante la interpretación.

El defecto capital de la Sentencia mayoritaria es un defecto de enfoque. El vicio de inconstitucionalidad del EAC dimana de las normas de la CE que regulan la atribución de competencias constitucionales y de potestades normativas (fuentes del Derecho) entre el Estado y la Generalidad de Cataluña. La Sentencia no proporciona respuestas aceptables a este problema. Se limita a eludir la cuestión formal y a centrarse, como si el problema no existiera, en una contradicción material o sustantiva de contenidos entre los de la CE y el EAC, más difícil de encontrar y más fácil de resolver por la vía interpretativa, o a negar la condición de normas vinculantes en su núcleo esencial a aquéllas del EAC en las que se fijan las competencias de la Generalidad de Cataluña [art. 147.2 c) CE]. Siempre me he opuesto, en vano, a esta orientación.

Los problemas formales (de incompetencia constitucional) deben determinar la nulidad de un texto sin necesidad de entrar en un examen material o de fondo del mismo. Cuando existe un vicio formal de incompetencia, y con mayor razón en un Estatuto de Autonomía, no cabe una sentencia interpretativa. Un vicio de incompetencia evidente, consciente y radical, como el del EAC, impide a las disposiciones inconstitucionales estar donde están. En esos casos el remedio no es su interpretación conforme a la Constitución sino la declaración pura y simple de su inconstitucionalidad.

Resulta inadmisibles la *confusión jurídica* (contraria al principio de seguridad jurídica del art 9.3 CE) que crea la Sentencia al eludir las consecuencias de la existencia de un vicio de competencia constitucional en un Estado compuesto, recurriendo a la relativización de su condición de norma vinculante y a una manipulación posterior de la “*fuerza de resistencia*” del EAC. Al igual que la “*división horizontal de poderes*” debe ser clara en las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo centrales, que configuran las distintas *formas de gobierno* de los Estados democráticos, también la “*división vertical del poder*” debe ser nítida y predecible en una materia como el reparto de competencias entre el Estado y cada una de sus Comunidades Autónomas en todo Estado compuesto, sea éste autonómico o federal.

La seguridad jurídica cede el paso a la interpretación manipulativa. Poco importa que nuestra jurisprudencia haya afirmado en forma constante que el principio de

interpretación conforme no puede “*ignorar o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos*” ni “*reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto para concluir que ésta es la norma constitucional*” porque “*el Tribunal Constitucional no puede asumir una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde*” (por todas, STC 138/2005, FJ 5). Todos estos límites se sobrepasan en una Sentencia que manipula los preceptos del EAC, los modifica y desconoce su sistemática interna hasta convertirlo en un embrollo de normas vacías, paralizadas, futuras o a las que se hace decir lo que no dicen, ni han querido decir.

Las leyes se traen ante este Tribunal para que controle su conformidad a la Constitución no para que llame con otros nombres los principios, derechos, competencias y potestades que el legislador ya ha creado. Sólo Adán pudo tener ante sí todos los animales del campo y todas las aves del cielo para ver cómo los llamaba, y para que cada ser viviente tuviera el nombre que él les diera (*Génesis 2, 19*).

7.- Así, junto a la “*Sentencia manifiesta*” que advierte de una falta de eficacia de incisos del Preámbulo (apartado 1), declara la inconstitucionalidad de algunas disposiciones (apartado 2) o lleva al fallo interpretaciones conformes a la Constitución de otros (apartado 3 del fallo), hay una “*Sentencia oculta*” (apartado 4) que no aparece en ese fallo pero es la que manipula innumerables preceptos esenciales del EAC y los aproxima al sentido conforme a la Constitución de otros Estatutos aprobados con posterioridad a él, en un ejercicio desproporcionado de legislación positiva. Explicaré los entresijos de esa técnica constitucional y daré ejemplos de su empleo.

Habrà controversia sobre si esa doctrina escondida tiene plenos efectos frente a todos (art. 164.1 CE *a contrario*) o si vinculan a todos los poderes públicos (art. 38.1 LOTC) las desestimaciones del apartado 4 del fallo, en la medida en que –aunque en apariencia desestimen el recurso– quieran ser argumentaciones interpretativas correctoras de muchas disposiciones.

Dos ejemplos importantes explican esta afirmación:

1º) El art. 20 EAC reconoce el derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte y el de que todas las personas expresen su voluntad de forma anticipada sobre las

intervenciones y tratamientos médicos que puedan recibir, instrucciones – añade – que deben ser respetadas en los términos que establecen las leyes.

El FJ 19 de la Sentencia rechaza la impugnación de que ese derecho afecte el derecho a la vida garantizado en el art. 15 CE razonando que *“vivir con dignidad el proceso de la muerte no es sino una manifestación del derecho a una vida digna y con el mismo alcance que para ese concepto puede deducirse de los arts. 10.1 y 15 CE, es decir, sin que necesariamente se implique con ello el derecho a la muerte asistida o eutanasia”*.

Por ello no prospera la impugnación del art. 20. No me voy a detener en los límites a los derechos estatutarios, que no derechos subjetivos en sentido estricto en la STC 247/2007, aunque la Sentencia confunde y modifica la doctrina sentada en la Sentencia del Estatuto de la Comunidad Valenciana (Vid STC 247/2007 FJ 15 y mi VP FJ 2). Lo importante es señalar ahora que el rechazo de esta impugnación aunque tenga reflejo sólo en el apartado 4 del fallo de la Sentencia, que reza: *“Desestimar el recurso en todo lo demás”*, contiene sin embargo una interpretación correctora ya que hace decir al inciso *“las leyes”* que, en un Estatuto de Autonomía se puede suponer que son leyes autonómicas, lo que no dice, que es lo siguiente: *“Leyes que naturalmente han de ser las competentes para ese cometido en función de las materias concurrentes en el caso, lo que de suyo remite a las dictadas por el Estado en ejercicio de distintas competencias (arts. 81.1; 149.1.16 CE entre otras)”*. La interpretación es desestimatoria, pero expulsa del ordenamiento jurídico la interpretación más lógica del art 20 EAC.

2º) Mas importantes son los fundamentos jurídicos 59 y 64, auténtica clave de la Sentencia. En el ejemplo que aquí interesa aclaran cómo desactiva la Sentencia el llamado *“blindaje por descripción”* (arts. 116 a 173 EAC) consistente en la concreción de las materias que asume el EAC como propias mediante una detallada especificación (descripción) de la materia constitucional en una serie muy amplia de submaterias. Era una de las técnicas esenciales de los redactores del EAC –junto al *“blindaje por definición”* que no interesa a este ejemplo– porque así, al describirlas, se reducía la pretendida indefinición de las materias del art. 149.1 CE y, dada la rigidez del EAC frente a las leyes del Estado (*blindaje*), se limitaban los márgenes de actuación del

Estado para ejercer sus competencias. La Sentencia enerva los efectos de este blindaje del siguiente modo:

a) Se interpreta que todas las veces que el EAC dice “*en todo caso*” en realidad quiere decir “*en su caso*”, sin que la Sentencia pueda precisar, en este momento, dice, nada más porque una Sentencia como la presente no es lugar de “*abundar en los detalles y pormenores de un modelo de distribución competencial*”... “*que requiere el concurso de una normativa de aplicación y desarrollo aún inexistente*” (sic en FJ 64);

b) El mismo FJ 64 asevera que así ocurre nada menos que en una treintena de artículos que enumera para evitar, dice, volver a enjuiciarlos cuando corresponda (arts. 117.1; 118.1 y 2; 120.1, 2 y 3; 121.1 y 2; 123; 125.1 y 4; 127.1 y 2; 131.3; 132.1; 133.1 y 4; 135,1; 139.1; 140.5 y 7; 147.1; 149.3; 151; 152.4; 154,2; 155.1; 166.1, 2 y 3; 170.1 y 172.2 EAC). Por ello, la locución “*en todo caso*” que se contenga en todas –y cada una– de las disposiciones que describen así el alcance material de la respectiva competencia “*sólo tiene un valor descriptivo*”, aunque no se trae esta afirmación al fallo;

c) Sólo como mera interpretación conforme del art. 110 EAC, el FJ 59 dice que la expresión “*en todo caso*” no tiene otra virtualidad “*que la meramente descriptiva*” (sic) y que no impide “*por sí sola el pleno y efectivo ejercicio de las competencias estatales*” y esta declaración se lleva, “*una tantum*”, al fallo.

d) Con el escaso apoyo de esta interpretación conforme del art. 110 y esa advertencia general en el capital FJ 64, la Sentencia se entiende legitimada para desestimar ya, y con una gran soltura, todas las impugnaciones del “*en todo caso*” que ya sólo sería “*en su caso*” por la técnica de repetir “*ya hemos dicho*”, “*es obvio*”, “*ya sabemos*”, “*el Estado puede actuar con entera libertad*”, etc. No se repara en que la treintena de preceptos impugnados y enumerados siguen diciendo formalmente lo que decían. No se han contradicho procesalmente en el recurso encaminado específicamente a hacerlo ni en el momento procesal obligado, y los mismos siguen describiendo, además, el alcance de la competencia mediante su especificación en submaterias, sin que el Tribunal se sienta llamado a precisar cómo ni con qué efectos (FJ 64 *in fine, cit*). Habrá que esperar a futuras controversias –que se producirán, sin duda alguna– para precisar el reparto de competencias.

8.- Las Sentencias interpretativas son un arma que se encuentra en la panoplia de todos los Tribunales que conocen de recursos que se dirigen contra Leyes formales. Es en Italia donde han alcanzado máxima finura Sentencias que inspiran la técnica de la actual. Se trata de las sentencias interpretativas de rechazo (“*sentenze di rigetto interpretative*”), que se caracterizan porque en ellas el rechazo de una cuestión suele esconder sutilmente una estimación.

La Sentencia ha logrado articular, en este caso, un fallo muy escueto, en el que no se contienen excesivas declaraciones de inconstitucionalidad ni demasiadas interpretaciones conformes, con una plausible benevolencia hacia el EAC. Pero, para lograrlo, se ha visto obligada a perfeccionar al máximo el género italiano.

Los dos ejemplos que ofrecía antes no son únicos. De la técnica empleada resulta una Sentencia en la que ni están todas las inconstitucionalidades que son ni son, tampoco, todas las inconstitucionalidades que están.

1º) *No están todas las inconstitucionalidades que son.* La parte dispositiva de la Sentencia sólo recoge algunas de sus interpretaciones conformes; en la mayor parte de los casos es necesario aproximarse al “*locus*” (*sic* en el FJ 7, penúltimo párrafo) de cada fundamento jurídico, que es donde se exponen la mayor parte de las interpretaciones correctoras del sentido del texto (*id est*: estimatorias de la inconstitucionalidad) que no son traídas al fallo, según los ejemplos significativos que he puesto antes respecto del art. 20 EAC y los referentes al “*blindaje*” competencial. Estas interpretaciones operan como la “*sentencia oculta*” (“*sentenza mascherata*” o “*sentenza nascosta*” en expresión italiana). Así, como nuevos ejemplos, el control de al menos cincuenta disposiciones normativas del EAC, por citar sólo las más claras, son objeto de interpretaciones en los fundamentos jurídicos correspondientes de la Sentencia. Aunque dichas interpretaciones concluyen en un fallo aparente de desestimación, en realidad son objeto de una “*interpretación conforme a la Constitución*” que quiere expulsar del ordenamiento jurídico su tenor literal. (arts. 2.4; 7; 20; 21.1 y 2; 33,3; 33,4; 37,4; 38,2; 80,3; 86,5; 95.1; 95,4; 96,1, 2 y 4; 102,4; 106,2; 107, 2 y 3; 115; 117, 5; 118; 121, 2 a); 134,2; 135.1;139,1; 140,2; 140,3; 140,4; 140, 7; 142,2; 146,1,b); 147.1 a); 148,2; 149,3,b); 154,2; 155; 166,3 b); 169,3; 171,1 c); 183,2; 184; 186,1 y 2; 187,1 y 3; 189,2 y 3; 200; 204,1; 218,2 3º y Disposición adicional 13ª EAC).

“*Res ipsa loquitur*”: La simple lectura de los fundamentos jurídicos correspondientes, o de otros semejantes, ilustra lo que señalo.

Esta opción, presente en todas las versiones y que he criticado en todas las deliberaciones, tiene el mérito de esconder con admirable habilidad el alcance del fallo – que es desestimatorio y no parece reflejar un resultado tan extraño– y logra que no se borre en el lector la impresión sugestiva de argumentaciones repetitivas que son las que contendrían las interpretaciones correctoras del sentido de las disposiciones impugnadas. Plantea, sin embargo, el problema de sus efectos. Aunque nuestra jurisprudencia haya afirmado que el fallo (aquí “*decisum*,” FJ 7) incluye el “*dictum argumentativo*” cuando es su fundamento determinante (por todas, STC 158/2004, de 21 de septiembre, FJ 4), nunca se había llegado a un exceso como el actual. La Judicatura y la doctrina italiana han negado eficacia “*erga omnes*” a las Sentencias que esconden entre sus fundamentos interpretaciones que no se llevan al fallo, que sólo vincularían como precedente de autoridad, en la medida en que su argumentación sea persuasiva e invite a seguirla (*Cass, sez. un., Sentenza Pezzella de 31 de marzo de 2004*).

La deficiencia técnica está, además, en que el razonamiento interpretativo, tal vez atendible, tal vez tomado incluso del mismo alegato de los recurrentes, resulta contradicho muchas veces por un rechazo súbito y repentino de la impugnación. El método de las Sentencias de rechazo se frustra porque en esas contradicciones abruptas hay en ocasiones una repetida quiebra lógica del razonamiento que produce resultados de una incertidumbre y ambigüedad incompatibles con el principio constitucional de seguridad jurídica (por todas, STC 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 4). Resulta así un control constitucional que concluye machaconamente en un “*decisum*” (*sic* en FJ 7 *cit.*) que parece una desestimación pura y simple de la demanda y que es arduo de interpretar en relación a los razonamientos que anteceden, que nos sugieren precisamente lo contrario de lo que se decide (Vid, por todos el FJ 73 y su sorprendente control del art 127 EAC en materia de *Cultura*).

2º) *Tampoco son todas las inconstitucionalidades que están*. La complejidad de la argumentación llega hasta el punto de estimar la demanda (FJ 47) y declarar la inconstitucionalidad y nulidad del Consejo de Justicia de Cataluña (art. 97 EAC) cuando una lectura repetida o atenta revela que, en realidad, no sólo se mantiene en vida ese

mismo Consejo de Justicia sino que se aconseja al legislador estatal cómo puede armarlo “*sin ningún reparo constitucional*” (*sic* en FJ 48, 3er párrafo).

9.- La interpretación conforme a la Constitución no es –como dije ya en mi Voto particular a la STC 98/2004, de 25 de mayo, pero debí reiterar en el de la STC 247/2007, de 12 de diciembre– un “*arreglotodo*” que permita hacer decir a los Estatutos lo que éstos no han dicho ni querido decir y, mucho menos, un “*desmontalotodo*” por el que se haga decir a la Constitución lo que no se deduce de sus proposiciones normativas ni de la voluntad del constituyente.

Este Tribunal tuvo una ocasión fallida de pronunciarse sobre la conformidad a la Constitución de este nuevo Estatuto de Cataluña antes de que entrase en vigor. Fue el caso resuelto por el citado ATC 85/2006, de 15 de marzo, en un recurso de amparo contra la calificación por la Mesa del Congreso de la propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. No tuve éxito cuando opiné que no debíamos abdicar de la función esencial para la que se ha creado este Tribunal Constitucional: la de proporcionar estabilidad y seguridad jurídica en la delicada cuestión de los límites constitucionales del proceso autonómico establecido en la CE (FJ 10 de mi VP al ATC 85/2006).

El recurso previo de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía y proyectos de leyes orgánicas, del que conocíamos según la redacción original de nuestra LOTC 2/1979, de 3 de octubre, era la perfección de la Justicia constitucional en un Estado de las Autonomías, concebido como proceso de descentralización federo-regional abierto. Recordé, en el citado VP al ATC 85/2006, haber escrito en sede científica que la abolición de ese recurso previo supuso una lesión grave de las garantías de la Constitución de 1978, aunque la discutible STC 66/1985, de 23 de mayo (FFJJ 3 y 4) la declarase conforme a la Constitución. Como en un “*silogismo de constitucionalidad*” en los procesos de control previo de Estatutos, hoy suprimidos, la Norma Fundamental constituía la premisa mayor, el Estatuto de Autonomía o los preceptos de él impugnados su premisa menor y el fallo su conclusión.

Dije también que, suprimida esa garantía previa, parecía evidente la necesidad de cubrir su ausencia y, para ello, interpretar las restantes competencias de que nos dota la LOTC en un sentido favorable a que nos pronunciásemos con carácter previo a cualquier propuesta de reforma de los Estatutos de Autonomía. Sin embargo este Tribunal entendió

lo contrario, siempre con mi oposición, en todas las ocasiones procesales en las que, por diversas vías, fue requerido para ello [ATC 135/2004, de 20 de abril (Caso de la impugnación por la vía del art 161.2 CE de la Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi) y VP; ATC 221/2005 (Conflicto positivo de competencias instado por la Comunidad foral de Navarra respecto de la misma propuesta, conocida como Plan Ibarretxe) y VP y, en fin, ATC 85/2006, citado, en el recurso de amparo contra la calificación por la Mesa del Congreso de la propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y VP]. Hay una reticencia evidente en nuestra jurisprudencia a que los procesos constitucionales se extiendan, como una red, para proteger la superioridad formal de la CE. Se descalifican así, con demasiada soltura, las denominadas “*declaraciones preventivas*” incluso en un control retrasado, como es el de esta Sentencia (Cfr., FFJJ 2; 30, 35, 63 ó 79).

Ahora, enjuiciado un recurso de inconstitucionalidad formulado contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, ya aprobado y ya en vigor, el silogismo de la constitucionalidad de ayer no da lugar hoy a [*“la consecuencia inequívoca”* de *“la inconstitucionalidad del Estatuto y su radical nulidad”*] que afirmó el citado FJ 7 del ATC 85/2006. Otra vez baja a la escena un deus ex máchina: se trata esta vez del principio jurisprudencial de conservación de la norma impugnada (*“favor legis* o *“pro Principe”*) que inspira todas las Sentencias interpretativas.

10.- Tengo una objeción general a la compleja forma de razonar de esta Sentencia. Hans Kelsen enseñó en uno de sus último escritos, (*“Recht und Logik”*, *Forum*, Viena, 1965, p. 422) que una norma jurídica no es un acto de pensamiento sino un acto de voluntad. El fallo de un Tribunal Constitucional no puede suavizarse hasta lo incomprensible: Si es negativo, su decisión esta llamada a contrarrestar la voluntad de una norma, que sólo existe como tal (*“also eine Norm”*) cuando expresa una voluntad irresistible del legislador. Un Tribunal no puede razonar como si fuera un Consejo de Estado. Un órgano consultivo puede glosar normas, hacer recomendaciones y suavizar sus críticas en la medida en que no resuelve y su razonamiento se dirige a la voluntad de una autoridad que todavía no ha decidido. La decisión de un Tribunal Constitucional debe ser siempre, en cambio, una expresión vinculante de voluntad: Cuando desestima un recurso confirma –quíerese o no– la voluntad de la ley expresada en la norma jurídica

que se controla. Por ello cuando quiere contrarrestar esa voluntad de algún modo, mediante la interpretación, el matiz o la manipulación de una Sentencia interpretativa de rechazo, ha de marcar siempre con claridad qué es lo que quiere decir y aclarar al decidir sí, y en qué medida, su interpretación afecta a la fuerza formal (“*Gesetzeskraft*”) del acto legislativo. No encuentro en la Sentencia esa precisión en la mayor parte de las “*interpretaciones ocultas*” en tanto que no se llevan a su parte dispositiva o fallo. No explican, con la expresión “*así interpretada*” u otra similar, como se hace en otros ordenamientos (“*soweit*”, “*notwithstanding*” o “*nei sensi di cui in motivazione*”), que el Tribunal quiera interpretar la ley, en qué sentido lo hace y qué interpretación, o interpretaciones, expulsa del ordenamiento jurídico. Cuando así ocurre y más al enjuiciar una norma de normas, como es el EAC, el control podría ser tachado por algunos de “*inutiliter latum*” ya que puede defenderse que viene a consistir en un rechazo puro y simple del recurso, y puede entenderse, también, que se corresponde sólo y plenamente en la parte dispositiva con el 4º y último pronunciamiento, contra el que me he manifestado siempre: “... *Se desestima el recurso en todo lo demás*”. La finura del *mos italicus*, en las Sentencias interpretativas de rechazo, tiene sus riesgos en España.

Si ese fuera el resultado, la ambigüedad de esta Sentencia y el laconismo de su fallo tendría consecuencias muy negativas: la generalización en diecisiete Estatutos de normas “*materialmente constitucionales*” (*Sic*, en FJ 3, 1º párrafo de la Sentencia) que deconstruyen, sin que este Tribunal lo repare, decisiones básicas como el *pueblo*, la *ciudadanía*, los *símbolos nacionales* o la *soberanía nacional*; la extensión de las técnicas de “*blindaje*” aunque, como he advertido, se desactiven en su interpretación tratando de considerarlas un nuevo “*derecho descriptivo*” de confusos contornos y la confirmación de una sedicente “*bilateralidad*” (arts. 3.1; 174.3; 183; 186.2 y 210 EAC) en un Estado “*ambiguo*” (*Sic* en FFJJ 13 y 110), conduciría a un colapso de nuestro sistema constitucional: En paráfrasis de un texto de Abraham Lincoln, con esa técnica se asienta un sofisma que, por sus pasos lógicos y a través de todas sus incidencias, conduce a una perfecta fragmentación del Estado.

Aquí podría terminar este Voto particular. Se decía en Estados Unidos, en la turbulenta época del *New Deal*, que jurisprudencia constitucional es lo que la mayoría del Tribunal ha dicho que es, aunque ello suponga empezar de nuevo, treinta años después, a concretar el reparto de las competencias en la CE de 1978. La trascendencia

constitucional del proceso me aconseja, sin embargo, tratar al detalle las siguientes cuestiones.

IV.- Cuestiones concretas

A) La reforma del Estatuto

11.- Los límites de la reforma del Estatuto plantean un problema dogmático esencial que se debe subrayar, aunque se trate en forma rápida y elusiva en el último lugar de la Sentencia.

La *garantía constitucional de la autonomía* es el dato que determina, en teoría constitucional, cuál sea la “*forma de Estado*”. Puede estar establecida en una Constitución (Estado unitario, autonómico o federal) o en un instrumento de Derecho internacional por el que se rija una Confederación de Estados. Puede variar, en cada momento, el *grado* o *cantidad* de competencias que corresponda al Estado o a sus Entes territoriales, pero el *tipo* de autonomía que deriva de la garantía constitucional de ésta es un *dato estructural* del sistema que califica la forma de Estado, sin que quepan matices o ambigüedades en el razonamiento o en la interpretación constitucional.

La Sentencia afirma (FJ 3) que los Estatutos de Autonomía son leyes orgánicas previstas en la CE y subordinadas a ella pero incurre en contradicción porque, si así fuera, los procedimientos de reforma previstos en el EAC (arts. 222 y 223) entran en el ámbito del poder constituyente y alteran la funcionalidad global del sistema, ya que vulneran los artículos 81.1, 147.3, 62 c), 92.3, 149.1. 32 CE y la ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. Conforme a la doctrina de la propia Sentencia, esa sería una de las leyes orgánicas que el EAC debería respetar, aunque no se respeta, como también acontece, por ejemplo, con la LOFCA, la LOPJ o la LRBRL.

El art 147.3 CE contempla un reforzamiento del procedimiento de reforma de los Estatutos que es, sin duda, la garantía constitucional que protege la autonomía de

nuestras Comunidades Autónomas según la Constitución de 1978. El EAC desfigura este reforzamiento y lo interioriza, desconociendo el papel de las Cortes Generales, el del Rey y las competencias del Estado: Este último llamado específicamente, como he dicho, por el art 92.3 CE para regular las distintas modalidades de referéndum en una ley orgánica *ad hoc*, que es, desde nuestra transición del siglo pasado, la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero.

Tras la aceptación por la Sentencia del nuevo procedimiento de reforma del EAC (FFJJ 144 a 148) puede entenderse que ha sido modificada, en sentido federal, la forma del “*Estado de las Autonomías*”. La propia Sentencia, tal vez de modo inconsciente, parece aceptar esta perspectiva al llamar “*legislador estatuyente*” (FFJJ 6 ó 17) a quien era sólo legislador estatutario en la STC 247/2007. La autonomía *estatuyente*, o la interiorización del procedimiento de reforma de su norma institucional básica es una característica de los entes que componen un Estado federal. Que el Estado reconozca o ampare los Estatutos como parte integrante de su ordenamiento jurídico (art. 147.3 CE) podría ser reinterpretado, en esa hipótesis dialéctica, como una simple concesión de la denominada “*garantía federal*”. Finalmente, un Estatuto de Autonomía, aun cuando es una norma estatal, necesita de la intervención necesaria del Parlamento autonómico para su reforma (arts. 222 y 223 EAC). Por ello su fuerza de resistencia –salvo en los aspectos en los que la Sentencia la manipula y niega– supera la de cualquier ley del Estado; el Estado sólo puede disponer de él mediante los procedimientos de reforma constitucional, y ese es otro rasgo característico de los Estados federales.

12.- La CE reza (art. 81.1) que son leyes orgánicas las que “*aprueben*” los Estatutos de Autonomía. Los Estatutos son leyes orgánicas (por todas, STC 247/2007, FJ 6) y el término “*aprobación*” se repite, sin duda, en el art. 147.3 CE. La Sentencia deja en penumbra este dato evidente y trae a primer plano que “*los Estatutos de Autonomía son las normas competentes para establecer su propio procedimiento de reforma*”. Esa afirmación, cierta, es la que distingue la garantía constitucional de la autonomía en nuestra Norma Fundamental, pero la CE no consiente en punto alguno que se desfigure hasta lo irreconocible por una norma inferior a la Constitución que los Estatutos de Autonomía sigan perteneciendo al tipo normativo de las leyes orgánicas. Eso es lo que ocurre en los arts. 222 y 223 EAC y creo que, al admitirlo, se permite al EAC ejercer

como “*poder constituyente prorrogado o sobrevenido*” (en contra de lo que se afirma en el FJ 57 *in fine* de la propia Sentencia).

Considero inconstitucional que la potestad legislativa de las Cortes Generales pueda ser modificada en el art. 222.1.b) o en el art. 223.1.d) EAC, ni que se intente reducirla a una “*ratificación*” que dificulte que las Cortes enmienden, en el procedimiento legislativo propio de toda ley orgánica, la reforma aprobada por el Parlamento de Cataluña debiendo aceptarla o rechazarla “*in toto*”. No creo admisible que el EAC dirija mandatos a los reglamentos parlamentarios del Congreso y el Senado [art. 223.1.d)] o, en fin, que incida en el propio procedimiento legislativo del Estado [art. 223.1.e), f) y g)], cuestión de calado que se debía haber examinado al amparo del artículo 39.2 LOTC. La Sentencia desestima en el FJ 144 estas impugnaciones aunque, en realidad, las somete a una interpretación correctora, con un nuevo ejemplo de *Sentencia oculta*.

Una ley orgánica se caracteriza por ser un acto de legislación (“*legis latio*” o “*legis positio*”) es decir, de producción de normas jurídicas pero, al mismo tiempo, por ser “*lex lata*” o “*lex posita*” por la Constitución, que es la norma que establece las leyes orgánicas determina cuales son sus sujetos de producción, el procedimiento para hacerlo y su apariencia formal. La función legislativa consiste en el mantenimiento y desarrollo de la CE, es decir de los valores esenciales en que se sustancia el ordenamiento. Los límites a la función legislativa del Estado pueden derivar por ello sólo de la Constitución y nunca de un Estatuto de Autonomía.

Ni el Preámbulo ni el Título Preliminar del EAC tienen establecido un procedimiento específico de reforma (arts. 222 y 223 EAC, *a contrario*) lo que no es olvido del legislador estatutario sino expresión de irreformabilidad, que es una garantía máxima en los textos constitucionales y mostraría que los principios que se recogen en ellos son ajenos a toda competencia del Estado y esenciales de la *potestad estatuyente*. La CE no reconoce que las leyes orgánicas sean irreformables y esa cuestión obligaba a una reflexión clara por parte de este Tribunal, dadas las alegaciones de las partes (AA d H 122 a 125).

También merecía reflexión que un Parlamento autonómico pueda retirar un proyecto de reforma de Estatuto “*en cualquier momento de la tramitación en las Cortes Generales*” [art. 223.1.h) EAC] o que el art. 222.1 *in fine* EAC no sólo admita la

iniciativa popular para la reforma del Estatuto (en contra de lo que establece taxativamente el art. 87.3 CE) sino que prevea incluso una ley autonómica específica para desarrollar dicha iniciativa. Podría argumentarse, como se ha hecho en el debate procesal, que el art. 222 EAC contempla una reforma del Estatuto “*que no afecta al Estado*” pero la perplejidad continuaría, al advertir que el EAC considera como tales las reformas del Título I y II entre los que se encuentran los llamados derechos, deberes y principios rectores estatutarios, dotados de su tutela procesal (Título I y art. 38 EAC) y la regulación de las “*instituciones*”, entre las que se sitúa “*el Gobierno local*” (*sic*) que incluye (arts. 83 a 94 EAC) una auténtica “*interiorización*” del régimen local en Cataluña absolutamente contraria a la organización territorial del Estado (art. 137 CE) y a la jurisprudencia firme y estable de este Tribunal.

La Constitución dispone que el Rey convoca a referéndum [art. 62 c) CE] y la Sentencia no declara inconstitucional que la Generalidad se subrogue en su posición [art. 222.1.d) y 223.1.i), ambos EAC], pese a que así se modifica la CE. La mayoría acoge la argumentación del Gobierno de la Generalidad (A de H 124) basada en la no promulgación por el Rey de las leyes autonómicas, que poco tiene que ver con la cuestión planteada. Se olvida que el art. 62 c) CE, interpretado en relación con el art. 91 CE, permite restringir la promulgación del Rey sólo a las leyes aprobadas por las Cortes Generales, pero que el art. 62 c) CE en relación con el art. 92.3 CE, el 149.1.32 CE y la Ley orgánica llamada en forma inequívoca a desarrollar el art. 92.3 CE lleva, precisamente, a la conclusión contraria. Además ni el *referéndum* de aprobación de un Estatuto es autonómico ni tampoco lo es el Estatuto, que es ley orgánica, por lo que el art. 91 CE muestra que es el Rey quien lo debe convocar y, en fin, que el EAC ha modificado la Norma Fundamental en estos extremos sin respetar los procedimientos en ella establecidos.

La competencia exclusiva del Estado del art. 149.1.32 CE, unida a la reserva de ley orgánica dispuesta en el art. 92.3 CE, muestran una opción inequívoca del constituyente de 1978: Evitar que, en nombre de una exageración absurda y desviada del llamado principio democrático, se repitiesen abusos de procedimientos pseudo democráticos (*referenda*, consultas populares, etc.) de los que se adornaron siempre las experiencias autocráticas, especialmente en el período comprendido entre las dos guerras

mundiales o las mismas Leyes Fundamentales del Régimen anterior. Esa opción del constituyente no puede ser soslayada con facilidad.

Los argumentos de la Sentencia sobre la posibilidad de que las convenciones constitucionales modifiquen leyes orgánicas (FJ 148, 2º párrafo) y las competencias exclusivas del Estado, ex art. 149.1.32 CE, no pueden ser acogidos sin sobresalto, como tampoco las interpretaciones conformes del FJ 147, que afectan a normas claramente inconstitucionales por vicio de incompetencia.

El art. 122 del EAC es –en fin– inconstitucional al atribuir a la Generalidad una competencia exclusiva para la convocatoria de consultas populares. La Sentencia interpreta esta norma hasta vaciarla de contenido (así en el FJ 69) pero es claro que la misma también vulnera las competencias del Estado en esta materia, como lo muestra “*ictu oculi*” la nueva Ley catalana 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum, dictada ya en desarrollo del EAC.

B. - Preámbulo y Título Preliminar

13.- Ni Nación es un “*término extraordinariamente proteico*” (*sic.*, en FJ 12 de la Sentencia) ni Estado un concepto “*ambiguo*” (*sic.*, en FFJJ 13 y 110) ni la “*ciudadanía española*” un género con diecisiete especies (*sic.*, en FJ 11).

La Sentencia examina el Preámbulo y el Título Preliminar con interpretaciones aisladas, carentes de una visión de conjunto cuando, según nuestra doctrina, “no se puede interpretar un texto legal [...] desconectando y aislando un inciso o frase (*nisi tota lege perspecta*) del contexto en el que se integra de un modo lógico normativo” (STC 189/1991, de 3 de octubre, FJ 3).

Es constitucionalmente inadmisibles que permanezcan en el Preámbulo afirmaciones y principios que irrumpen “*en los ámbitos inconfundibles del poder constituyente*” como la soberanía nacional, la unidad e indivisibilidad de la Nación española y la forma misma del Estado como Estado. Así resulta de su propio tenor literal y de una interpretación sistemática del mismo en relación con los artículos 2.4, 3.1, 5, 7, 8 y 11.2 del Título Preliminar del EAC, a los que dota de sentido inequívoco el

Preámbulo y de los que, a su vez, lo recibe. Todos ellos sobrepasan, en su conjunto, el límite cualitativo de la “*expansividad material de los Estatutos*” que pretende establecer, pero no establece, la propia Sentencia (FJ 6 *in fine*) e incurrir en vicios de inconstitucionalidad y nulidad que la Sentencia no declara.

14.- La Sentencia (FJ 7) sostiene que los incisos del Preámbulo recurridos carecen de valor preceptivo y que es improcedente anularlos en un fallo. Pero los precedentes que invoca (no unánimes, como demuestra el FJ 8 de la STC 222/2006, de 6 de julio, interpretado a la luz de los FFJJ de los VVPP a la misma) se refieren a leyes ordinarias y a casos sin trascendencia, mientras que lo que se enjuicia aquí son los fundamentos mismos de la Constitución de 1978.

Como ya he dicho, los Estatutos son norma y norma de normas. Constituyen, al mismo tiempo, norma institucional básica (art. 147.1 CE) y norma sobre la producción del derecho propio de la Comunidad Autónoma (STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2). Por eso sus Preámbulos, a diferencia de los de las leyes ordinarias, sirven de canon de interpretación no sólo del propio Estatuto sino de todas las normas del ordenamiento autonómico que dimanen de él, y vinculan a todos los poderes públicos autonómicos.

En eso se asemejan a las Constituciones y nuestra propia jurisprudencia ha reconocido, como ocurre en el Derecho comparado, que el Preámbulo de la CE vincula la interpretación en Derecho (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3). También el Tribunal Constitucional alemán ha venido repitiendo desde 1956 [en la BVerfGE 5, 85, (127)] que la llamada a la reunificación alemana contenida en el Preámbulo de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, era un texto jurídico que orientaba toda interpretación constitucional y un fin que vinculaba la actuación de todos los poderes públicos.

Los Estatutos de Autonomía usan en su Preámbulo el lenguaje propio de los textos constitucionales por lo que no es consistente argumentar sobre ellos con apoyo en una jurisprudencia referida a las leyes ordinarias. La STC 247/2007, fue muy sensible a la diferencia que mediaría entre el legislador ordinario y el legislador estatutario y se apoyó en ella para cambiar radicalmente la doctrina firme y estable de la citada STC 76/1983 sobre la prohibición de leyes interpretativas (FJ 4). Afirmó, así, que “*el legislador estatutario [...], ha de partir de una interpretación del Texto constitucional de*

especial amplitud” (Cfr., FJ 10 de la STC 247/2007 y FJ 6 de mi VP). Debía repararse ahora en esa misma diferencia para descartar de raíz la aplicabilidad de la doctrina sobre las leyes ordinarias a los Preámbulos de los Estatutos de Autonomía.

El Preámbulo de los Estatutos de Autonomía emplea, como en las Constituciones, lenguaje conmemorativo –“*propio de la razón política*” (según el FJ 8 de la Sentencia)– pero también el lenguaje técnico “*del orden de la razón en Derecho*” (*ibídem*) que empleamos los juristas. Los incisos impugnados en el recurso no emplean un lenguaje grandilocuente o conmemorativo, del que este Tribunal se pueda desentender, sino que definen un pilar básico en el sistema del Estatuto de Autonomía, como apreció el citado FJ 3 de la STC 206/1992, respecto del Preámbulo de la CE.

No recoge la Sentencia que esos incisos incurran en inconstitucionalidad formal y nulidad en relación sistemática con los artículos enumerados. La referencia a la “*nación*” muestra, sin embargo, la subrogación indebida del EAC en el papel del legislador constituyente de revisión total de la CE.

Sólo ese poder constituyente puede modificar, completar o matizar el Título preliminar de la CE, y siempre por la vía de su art 168. La insatisfacción alegada por el Gobierno de la Generalidad sobre el resultado del debate constituyente acerca del término “*Nación*” (*sic* en A de H 17) o las alegaciones del Parlamento catalán sobre una supuesta divisibilidad de la soberanía (A de H 18) muestran el sentido y alcance que las partes procesales han dado al Preámbulo del Estatuto y a los preceptos a los que da sentido.

La reforma de un Estatuto de Autonomía se produce siempre por ley orgánica (art. 81.1 y 147.3 CE) por lo que es obra de unas Cortes ordinarias; nunca puede servir de cauce para un debate que corresponde al poder constituyente de revisión total. Ese debate, si es democrático, sólo surge, o prosigue, tras la disolución inmediata de las Cortes Generales que lo acuerdan (art 168.1 *in fine* CE) y la elección de una Asamblea constituyente (art. 168.2 CE). Así lo hemos afirmado recientemente para concluir que “*no caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado*” (STC, unánime, 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4). La misma Sentencia de la que ahora discrepo reconoce como límite general a los Estatutos – aunque aquí no lo aplique– que “*ninguna norma infraconstitucional, justamente por*

serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional” (sic en FJ 57 in fine).

El inciso referente a la “nación” y los preceptos en que se desarrolla, inciden además en vicio de inconstitucionalidad material o sustantiva. La Nación española y el pueblo español son ciertamente plurales, como se demuestra en el reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que se expresa en el mismo artículo que afirma la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2 CE). Pero ese reconocimiento se encuentra en un claro, subordinado y significativo segundo inciso del art. 2 CE. El EAC pretende elevarlo a un primer plano, que es inadmisiblemente constitucionalmente desde una perspectiva sustantiva o material.

La afirmación del Preámbulo del EAC de que el Parlamento de Cataluña ha definido a Cataluña como nación permite afirmar un poder constituyente autonómico complementario o alternativo al del pueblo español, en el que radica la soberanía nacional. Es, por ello, absolutamente contrario al art. 1.2 CE.

Una Comunidad Autónoma es “*un sujeto creado, en el marco de la Constitución, por los poderes constituidos en virtud del ejercicio de un derecho a la autonomía reconocido por la Norma fundamental*” y “*no es titular de un poder soberano, exclusivo de la Nación constituida en Estado*” (STC 103/2008, FJ 4). “[L]a Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella” [SSTC 76/1988, de 26 de abril, FJ 3 y 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4 a)].

Por lo expuesto no me parece suficiente, y así lo expresé en el Pleno, que el primer apartado del fallo se limite a privar de “*eficacia interpretativa*” –no de validez formal– al inciso del Preámbulo referido a Cataluña como nación, cuando es obvio que subvierte la decisión esencial de toda la CE.

Ese inciso matiza, o completa, diría que *deconstruye*, la riqueza que se encierra en la afirmación de la indisoluble unidad de la Nación española del art. 2 CE que contiene, a mi juicio, la clave de la bóveda de todo nuestro edificio institucional, en el que se fundamenta la Constitución misma” (así lo dije ya en el FJ 10 de mi VP al ATC 85/2006).

Sin las afirmaciones esenciales e inequívocas del inciso primero del artículo 2 CE, en las que se fundamenta la Constitución, no cabe una autonomía democrática de las nacionalidades y regiones que la Constitución reconoce en el propio artículo 2 CE, en su inciso segundo. Por ello entiendo que parecidas razones a las que llevan a la Sentencia a privar de eficacia interpretativa a la definición de Cataluña como nación han debido llevar, sin embargo, más lejos: a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de este inciso del Preámbulo en el primer apartado del fallo.

15.- Por las mismas razones es inconstitucional y nulo, en el art. 8 EAC, el término “*nacionales*”. Corroborar en el articulado lo que anuncia el Preámbulo y choca con el art. 4.2 del Título Preliminar de la Constitución, que contempla símbolos propios, pero no símbolos nacionales de las Comunidades Autónomas. Sólo al poder constituyente del art. 168 CE compete completar o interpretar ese artículo 4.2 CE.

La inconstitucionalidad material del art. 2.4 EAC –que resulta de una exageración del “*principio democrático*” contraria a los límites de la autonomía en la CE– podría corregirse con la argumentación del FJ 9 de la Sentencia, si se hiciese constar debidamente en el fallo, y en forma estimatoria, la interpretación conforme a la Constitución que sin duda contiene, lo que no se hace. Al expresarse en su “*decisum*” (FJ 7) que, “*así entendido, ha de desestimarse la impugnación del art. 2,4 EAC*” se subsume la interpretación conforme, que como tal es estimatoria del recurso, en la decisión de desestimación de la impugnación. Sin embargo al no traerse al fallo o parte dispositiva de la Sentencia se ofrece otro ejemplo de lo que he llamado “*sentencia oculta*”, que no puede admitirse por la inseguridad que provoca. Al construirse la decisión como una interpretación de rechazo es incierto que esté cubierta por efectos “*erga omnes*” (art. 164.1 CE, *a contrario*).

Los artículos 3.1, 5, 7 y 8 EAC son inconstitucionales y nulos.

Los redactores del EAC definen, en el art 3 EAC, un “*Marco político*” de relaciones de la Generalidad con el Estado que –en esa condición y no en la interpretación conforme oculta en que lo transmuta la Sentencia en el FJ 13– es inconstitucional.

La regulación de las relaciones entre el Estado y sus entes territoriales afecta por igual a aquél y a éstos; por ello se regula, siempre, en el nivel del Estado central. Aún en la hipótesis del federalismo democrático los Estados miembros, Länder, Cantones o, en general, entes territoriales carecen de toda competencia en la materia. Por ello niego la tesis de la Sentencia: un Estatuto de Autonomía no es sede normativa competente –ni pertinente– para la proclamación de principios de alcance general que sólo puede establecer, en un Estado compuesto, la Constitución rígida que lo preside, en contra de lo que se afirma, con brevedad no convincente, en el FJ 13, 5º párrafo. Esos principios carecen además de todo apoyo en el texto de la Norma Fundamental.

Cuando el art 3.1 EAC afirma, en ese marco general, un supuesto *principio de bilateralidad* apunta a un contexto confederal o más laxo, basado en relaciones del Derecho internacional público ajenas a la CE de 1978 y al *status* de todas las Comunidades Autónomas nacidas de ella.

Dejando a salvo la hipótesis, que contempla el art. 144 b) CE, de que Gibraltar se integrase entre las Comunidades Autónomas mediante un tratado internacional, suscrito con el Reino Unido de la Gran Bretaña, esa “*bilateralidad*” carece de apoyo en la CE. Extendida a todas las Comunidades Autónomas constituye un dislate ajeno a cualquier experiencia democrática, sea regional, autonómica o federal.

Tampoco es admisible la grave afirmación –que no corrige el FJ 13– de que la Generalitat sea Estado.

Los artículos 150.3, 155 ó 161.2 CE muestran claramente que el Estado central (“*Oberstaat*”) ostenta siempre una posición de superioridad respecto de las Comunidades Autónomas, lo que la Sentencia reconoce, y que “*aunque las Comunidades Autónomas no son ni pueden ser ajenas al interés general del Estado, la defensa específica de éste es atribuida por la Constitución al Gobierno (arts. 97 y 155), llamado, asimismo, prioritariamente a velar por la efectiva realización del principio de solidaridad (art 138) junto a las Cortes Generales (art 158.2)*” (así, SSTC 25/1981, de 14 de julio, FJ 3; 42/1981, de 22 de diciembre, FJ 2 ó 96/2002, de 25 de abril, FJ 11), extremo que no se recoge.

Todo ello excluye que la *Generalitat* se afirme como *Estado* ya que eso le consentiría, como es obvio, colocarse formalmente en posición de igualdad con éste. La

conocida teoría de los tres niveles (“*Dreigliedrichkeitslehre*”), que algunos aplicamos a la CE en el FJ 2 del VP al ATC 30/2003, obliga a sostener que el término Estado, aunque permita más de una acepción desde Kelsen y Nawiasky (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5), no suscita la duda, la incertidumbre o la confusión de las realidades que se pueden calificar de ambiguas.

La inconstitucionalidad del art. 5 EAC (derechos históricos) radica en que enumera fuentes de legitimación no previstas constitucionalmente, sin mencionar entre ellas la Constitución, y extrae, como consecuencia de esas fuentes de legitimación, una “*posición peculiar*” de la Generalitat en materias que afectan a competencias del Estado como el derecho civil (art.149.1.8 CE); la lengua (art. 3.1 CE); la cultura (art.149.2 CE); la educación (art. 149.1 30 CE) y un sistema institucional en el que se inserta todo el Gobierno local (arts. 83 a 94 EAC).

El Abogado del Estado arguye, en descargo de que no se invoque la CE, que el art. 5 EAC utiliza el adverbio “*también*” (A de H 21). Sin embargo, del examen de todos los preceptos del Título Preliminar no se desprende qué significado debe darse al citado adverbio. Es más, ningún artículo del Título Preliminar hace referencia expresa a la Constitución como fundamento del autogobierno del pueblo catalán. Únicamente el art. 1 EAC dispone que “Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica”. Pero en él no se reconoce a la Constitución como fundamento del derecho de autonomía de Cataluña; antes al contrario, el precepto lo que dispone es que una vez constituida Cataluña en Comunidad Autónoma, ésta ejercerá su autogobierno de acuerdo con la Constitución.

El art. 5 del EAC, por tanto, vulnera el texto constitucional ya que fundamenta el autogobierno de Cataluña en sus derechos históricos, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, en contradicción con el art. 2 en relación con el art. 1.2, ambos CE, en tanto que es la Constitución la que reconoce y garantiza el derecho de autonomía de nacionalidades y regiones, la cual se ejercita a través de la aprobación de los respectivos Estatutos de Autonomía, sin que éstos puedan ocupar el lugar del constituyente (art. 168 CE) y decidir nuevas fuentes de legitimación, sin citarse en su

articulado la única constitucionalmente prevista. Siendo inconstitucional su fundamento también lo son las consecuencias que se extraen de él.

La Sentencia sólo aborda el primer problema (FJ 10) con una interpretación conforme que hace decir al precepto lo que no dice y, de paso, también interpreta el inciso correspondiente del Preámbulo, que no lleva al fallo, haciendo interpretación conforme *oculta* del Preámbulo. Se guarda silencio sobre la “*posición peculiar*” de la Generalitat en esas materias –“*qui tacet, consentire videtur*”– con la incertidumbre consiguiente sobre el alcance del artículo 5 EAC en contraposición a los arts. 149.1 y 2 y el art. 3.1 del Título preliminar, todos CE.

La interpretación conforme “*oculta*” del art. 7 EAC no merece el mismo juicio que la expresada respecto del art. 2.4 EAC. Como la soberanía nacional reside en el pueblo español (art 1.2 CE), y, en buena doctrina, es indivisible, no puede compartirse que la ciudadanía sea en España un *género* que admita *especies*.

En contra de los razonamientos del FJ 11 de la Sentencia llama poderosamente la atención que “*los ciudadanos de Cataluña y sus instituciones políticas*” reconozcan a Arán (en el art. 11.2 EAC) como una realidad occitana, en una demostración clara del alcance de la expresión “*ciudadanos de Cataluña*” que aquí se enjuicia. El precepto es inconstitucional porque no existe en la CE competencia alguna para decidir, al margen del art 141.3 CE, sobre la autonomía de territorios intracomunitarios; también lo es porque no pueden atribuirse esos derechos eminentes sobre una porción del territorio intracomunitario a una especie de ese género de ciudadanos españoles que admite la Sentencia.

El FJ 15 de la Sentencia elude pronunciarse sobre si la lengua occitana o “*habla aranesa*” del art 6.5 EAC es sólo cuestión intracomunitaria y sobre si su régimen se subsume en el art. 3.2 CE o, más bien, en el art. 3.3 CE (STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 4).

La distinción de la ciudadanía en especies puede suscitar otras controversias. Así que los artículos 3.1 y 4.1. d) de la Ley autonómica 2/2009, de 12 de febrero, que ya ha desarrollado el EAC respecto del Consejo de Garantías Estatutarias, exija la condición política de catalán para ser, y mantenerse, como miembro de dicho Consejo.

C.- Derechos lingüísticos

16.- Ejemplos paradigmáticos del método de “*Sentencia oculta*” se encuentra en el FJ 14, en el que se enjuicia el art. 6.1 del Título Preliminar del EAC sobre la lengua propia de Cataluña y su uso en la enseñanza. Esta en cuestión en este precepto el derecho de todos los ciudadanos a expresarse en castellano, que es la lengua oficial del Estado, como garantiza con meridiana claridad el artículo 3.1 CE, con otra decisión terminante del constituyente de revisión total expresada en el Título Preliminar CE.

No existe pronunciamiento en dicho FJ 14 sobre el inciso esencial del mismo que establece el catalán como “*la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza*”. La Sentencia lo elude, porque se remite a lo que dirá respecto del art. 35 EAC. Olvida, así, por cierto, en esa oportuna remisión, las razones de impugnación a todo el artículo 35 EAC que se contienen en la impugnación del artículo 6.1 (A de H 22) y la demanda no repite, como es obvio, en la impugnación de todo el art 35 EAC.

En ese control del art 6 EAC la Sentencia no repara –vicio lógico de “*ignoratio elenchi*”– en que está enjuiciando el Título Preliminar del EAC y que, si hay una materia singular y que puede entenderse irreformable por el singularísimo procedimiento de reforma del EAC, es especialmente ésta.

Por ello cuando la Sentencia aborda el examen del inciso final del artículo 6.1 EAC me resulta inadmisibles que no resuelva nada sobre el inciso que, en ese precepto concreto, afirma el catalán como “*la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza*”. El precepto es esencial para el Estatuto porque las materias del art. 6 son desarrolladas por “*leyes de desarrollo básico del Estatuto*” (art. 2.2 EAC) y suscita perplejidad que se eluda enjuiciar una norma impugnada en el propio recurso con un razonamiento evasivo que, sin embargo, acoge la propia argumentación de los recurrentes (Cfr. A de H 22) y sería por ello estimatorio, pero concluye en la desestimación final (punto 4 del fallo) de la impugnación de este extremo del art. 6.1 *in fine* EAC.

Esa forma equívoca de razonar tiene consecuencias jurisdiccionales muy dudosas ya que aunque, esconde una interpretación conforme oculta, la encierra en un resultado

jurisdiccional que deja incólume el art 6.1 *in fine* EAC como “*norma patógena*” del ordenamiento que sigue presente, con una fuerza irresistible para todos sus destinatarios. La incertidumbre y ambigüedad resultantes son incompatibles con el principio constitucional de seguridad jurídica (por todas, STC 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 4).

La declaración de inconstitucionalidad del término “preferente” en el art. 6.1 EAC y las interpretaciones conformes realizadas por la Sentencia respecto de los artículos 35.1 y 35.2, ambos EAC, no resuelven la cuestión esencial porque dejan formalmente incólume el inciso transcrito del artículo 6.1 EAC. ¿Resulta afectado por la interpretación conforme de los artículos 35.1 y 35.2? Entiendo que el inciso del at. 6.1 EAC referente al catalán como lengua normalmente usada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza es inconstitucional y nulo por vicio de incompetencia y las interpretaciones conformes que efectúa el FJ 24 de la Sentencia respecto del art. 35 EAC deben ser declaraciones de inconstitucionalidad por los mismos motivos.

La doctrina de la interpretación conforme citada choca además, en forma evidente, con la dicción del artículo 35.4 EAC, que reza: “*Los alumnos que se incorporen más tarde de la edad correspondiente al sistema escolar de Cataluña gozan del derecho a recibir un apoyo lingüístico especial si la falta de comprensión les dificulta seguir con normalidad la enseñanza*”. Todos los apartados del art. 35 EAC están impugnados en el recurso (A de H 29) y los fundamentos jurídicos sobre el vicio de incompetencia constitucional y la contradicción con nuestra jurisprudencia en que incurre el precepto se encuentran en el A de H 22. Claro es, por ello, que la aseveración del FJ 14 de que la impugnación “*se ciñe a los apartados 1 y 2 del art 35*” no se ajusta a la demanda, como demuestra el citado A de H 22.

El art. 3.1 CE contiene una decisión del constituyente de reforma total de la CE clara e inequívoca al afirmar que el castellano es la lengua española oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. La educación en la lengua materna, que además es la oficial del Estado, es un derecho vinculado a la dignidad humana y la claridad del texto constitucional se impone como decisión esencial del constituyente, que no se puede oscurecer o matizar.

Discrepo de la constitucionalidad del art. 34 EAC y del exceso cometido por la Sentencia en la utilización de la técnica de la interpretación conforme también en este

caso. El derecho que asiste a todas las personas a ser atendidas oralmente y por escrito en la lengua oficial que elijan en su condición de usuarias o consumidoras, es inconstitucional además por razones formales por sobrepasar la regulación de la cooficialidad (art. 3.2 CE) y colocarse indebidamente, además, en el lugar del legislador autonómico.

También considero inconstitucionales todos aquellos preceptos que en materia de lengua, exceden de los límites de competencia y territorialidad (así, por ejemplo, arts 33.2 al 5 EAC; 102. 1 y 4 EAC y 147.1 a) EAC).

En el 6.2 se convierte en una obligación de los ciudadanos de Cataluña en una obligación en la enseñanza y para los funcionarios lo que no puede aceptarse. La inconstitucionalidad del precepto resulta de la jurisprudencia que se cita y de la propia fundamentación que se vierte en el FJ 14 b) de la Sentencia. Dado que el precepto no admite una interpretación conforme con la CE resulta que es –no “sería”– inconstitucional y nulo.

D. - El vicio de incompetencia

17.- La Constitución no es un texto inerte sino dinámico. En cuanto obra del poder constituyente de 1978, es un texto puntual, instantáneo e irrepitible pero con el normal ejercicio de las fuentes del Derecho que ha previsto, convierte lo instantáneo en duradero y en normal lo excepcional. La legislación es la vida de la CE; por ella se desarrollan los valores fundamentales en que se sustancia el ordenamiento democrático. Las fuentes previstas en la Constitución son las que hacen actual la CE misma y le dan vida. La vida de la CE requiere una apertura de sus contenidos abierta a las distintas mayorías y a las opciones políticas democráticas que se sucedan. La primacía de la subsunción debe consentir que toda ley ordinaria se subsuma en una competencia constitucional. La apertura de principio del significado constitucional de las materias constitucionales no puede enturbiarse constitucionalmente con normas interpretativas o normas de relleno que hagan imposible la interpretación con las pautas constitucionales del título competencial.

La esclerosis de una materia constitucional con normas de relleno estatutarias es contraria a la aplicabilidad correcta del art. 149.1 CE. Entre la interpretación de las normas de competencia y la calificación del derecho legal concreto existe una conexión muy estrecha. La calificación de una materia legal en conexión con su pertenencia competencial es lo que hace posible un ir y venir de la mirada entre la Constitución y la ley ordinaria. Esta separación de perspectiva es necesaria porque, de otro modo, no se garantiza la sustantividad de la Constitución. La primacía de la subsunción debe permitir que la ley ordinaria se subsuma en una competencia constitucional. La apertura de principio del significado constitucional no puede enturbiarse con normas interpretativas que hagan imposible la interpretación con las pautas constitucionales del título competencial. Ese es, a mi juicio, el sentido profundo de la STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 4) y esa es la crítica que merecen los razonamientos del FJ 58 de la Sentencia. Los artículos 110, 111 y 112 EAC esclerosan el sistema constitucional de distribución de competencias y por ello son inconstitucionales y nulos, conforme a la jurisprudencia firme y estable de este Tribunal (STC 76/1983, FJ 4; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 5; 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4; 132/1998, de 18 de junio, FJ 12).

Por su procedimiento específico de reforma el EAC está dotado de una rigidez muy especial, examinada en detalle, reservada exclusivamente a las Constituciones. Esa rigidez impide que las leyes del Estado y las de la propia Comunidad Autónoma lo modifiquen sin seguir sus rígidos procedimientos de reforma (Disposición adicional 7ª, 2º párrafo EAC “*a contrario*” y arts. 222 y 223 EAC). Del mismo modo que todo lo que tocaba el Rey Midas se convertía en oro, todo lo que los Estatutos tocan se convierte en Estatuto (*por todas*, SSTC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2; y 247/2007, FJ 6). El problema es que el EAC, que posee una extensión desmesurada – admitida como válida por la Sentencia (Cfr., mi VP a STC 247/2007, FJ 8) – y mucho mayor que la de la propia CE, lo toca todo; “*petrifica*” todo lo que toca y, al colocarse en el bloque de la constitucionalidad como una norma imprevista y *patógena*, ocupa el espacio que debe existir necesariamente entre todas las leyes y la propia Constitución. El EAC, de esta forma impide garantizar la vida, la sustantividad y la subsistencia de la Constitución misma.

18.- La Sentencia –como se anunciaba ya en la STC 247/2007, FJ 6– consiente al EAC, y a cualquier Estatuto que lo emule, un contenido prácticamente ilimitado porque “los Estatutos de Autonomía también son obra del legislador democrático” (FJ 6) y sólo limita este contenido (FJ 5 *in fine*) por un supuesto respeto del poder constituyente o, dice, para evitar un colapso del sistema de fuentes del Derecho. Pero el EAC, mediante las técnicas denominadas de “*blindaje*”, provoca una esclerosis del reparto competencial e impide la libertad de opción en nuevos desarrollos al legislador estatal y al autonómico en todas las disposiciones del Capítulo II de su Título IV (arts. 116 a 173). La Sentencia es consciente de ese problema y desactiva el blindaje competencial del EAC, pero lo hace con una forma de razonar benevolente, que se caracteriza por evitar declarar inconstitucionales y nulas innumerables disposiciones del EAC que contradicen la Constitución de 1978, tal y como ésta ha sido interpretada en la jurisprudencia de estos últimos treinta años. La argumentación que emplea la Sentencia para desestimar, una y otra vez, el recurso, revela la misma inconstitucionalidad que dice rechazar. Como trata de evitar las declaraciones de inconstitucionalidad y nulidad que comporta todo vicio de incompetencia, se apega al método interpretativo, en la forma que he criticado.

La “*petrificación del ordenamiento*” y el desplazamiento del derecho estatal por el Estatuto como consecuencia de la inclusión de cualquier contenido como posible en el EAC se desactiva mediante la interpretación conforme a la Constitución de los artículos 110, 111 y 112 EAC (FFJJ 58 a 61) que después se lleva, en forma más o menos oculta, a la interpretación particular de cada una de las competencias. Sostiene la Sentencia que la inclusión de contenidos que afectan a competencias del Estado en el EAC no impide en ningún caso que el Estado actúe “*con perfecta libertad*” en ejercicio de las materias sobre las que tiene reconocida competencia, permitiendo su despliegue por el legislador estatal, incluso cuando no existan cláusulas de salvaguardia, ni vincula al Tribunal Constitucional en su interpretación, aseverando además que la relación de submaterias en las que el legislador estatutario describe la materias definidas por el Estatuto como exclusivas o compartidas, tiene un valor meramente descriptivo (FJ 59).

El precio que la Sentencia hace pagar al EAC para desactivar su técnica inconstitucional es privar parcialmente de valor vinculante a sus normas en el terreno más claro de la reserva estatutaria respecto de las competencias de Cataluña. Su tesis consagra un ordenamiento autonómico frágil porque, tras la Sentencia, el EAC se puede

reformular por leyes extraestautarias, “*con toda libertad*”, en cuanto sus normas competenciales tienen, según la Sentencia, un contenido puramente descriptivo.

Al aceptar esa tesis se cae en la contradicción de romper la coherencia del texto que se quiere salvar y se dejan sin responder preguntas esenciales: ¿Qué ocurre con la “*fuerza activa o innovadora*” y “*fuerza derogatoria*” del EAC, por la que éste se inserta en el ordenamiento jurídico? ¿Sigue vigente en Cataluña el derecho del Estado afectado por un Estatuto que contiene, en realidad, una cláusula subrogatoria gigantesca?

En el FJ 64 se lee el inciso: “*un modelo de distribución competencial que, por mayor que pueda ser su grado de definición en la letra del Estatuto requiere del concurso de una normativa de aplicación y desarrollo aún inexistente*”. Tal vez podría contener, con obvia ambigüedad, la respuesta a las preguntas formuladas consistente en que sigue la vigencia en Cataluña del Derecho estatal.

19.- No puedo compartir, desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho, la solución útil de la Sentencia. Las normas de distribución de competencias son siempre vinculantes (“*ius cogens*”) y no pueden tener, en ningún caso, carácter dispositivo. La descongelación de rango, supuesto de que fuera esa la solución de la Sentencia, no afecta a la fuerza innovadora y derogatoria de un Estatuto de Autonomía.

La Sentencia enerva el problema de la petrificación o blindaje competencial con la solución creativa expuesta, orientada a mantener, en forma útil, la viabilidad del sistema, pero producirá consecuencias en el sistema de fuentes del Derecho de alcance incalculable en este momento. La Sentencia es consciente de que la regulación de las materias de titularidad estatal en los Estatutos de Autonomía –es decir, las contenidas en el art. 149.1 CE que el constituyente entendió como integrantes de un núcleo intransferible que, sin negar la autonomía y descentralización constitucionalmente reconocida, corresponden al Estado como garante de los principios, también constitucionales, de unidad e igualdad– haría inviable el sistema diseñado por la Constitución de 1978, basado en los citados principios, pero se ha resistido a la confirmación abierta de esta situación y ha arbitrado soluciones alternativas que sin emitir la declaración de inconstitucionalidad diluyen los efectos de petrificación que conlleva la regulación de contenidos en los Estatutos de Autonomía, cuando ante tales

extralimitaciones este Tribunal Constitucional ha declarado siempre la inconstitucionalidad y nulidad de las normas que incurren en extralimitación competencial.

La falta de competencia autonómica ha conllevado inexorablemente la declaración de inconstitucionalidad, incluso en aquellos casos en los que la norma autonómica transcriba lo dispuesto por la norma estatal.

Por ello debieron ser declarados inconstitucionales y nulos todos los preceptos del EAC que regulan materias del Estado. La existencia de interés, afectación o competencias implícitas no es suficiente para entender que el Estatuto es el instrumento normativo adecuado para regular cuestiones sobre las que no se tenga bien competencia exclusiva bien competencia compartida. También las de aquellas disposiciones del EAC que conllevan un mandato o, si se quiere, una invitación al Estado de acomodar a aquéllas sus propias leyes.

Sorprendería a Hans Kelsen ver superada su “*Stufentheorie*” por una novedosa “*Einladungstheorie*” o “*construcción por invitación*” del ordenamiento jurídico. En virtud de ella toda norma incompetente pasaría a evitar su inconstitucionalidad llamando en su auxilio a la norma competente para que dote de fuerza normativa sus deseos, y sin perjuicio de que “*con toda, o perfecta, libertad*” pueda dejarla, cuando desee, huérfana nuevamente de competencia.

No puedo compartir, en ninguno de sus extremos, y sin necesidad ya de mayor examen, tal construcción. Una paráfrasis me permite traer a colación versos de Baltasar del Alcázar: “*Esto, ello sólo se alaba, no es menester alaballo*”.

En Madrid, a 28 de junio de 2010

Fdo. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez